

# Operaciones garantizadas internacionales: debate actual y posibles soluciones\*

ANJANETTE H. RAYMOND\*\*

Sumario: I. Introducción. II. Breve historia de los intentos anteriores de armonización. III. El texto actual. IV. El debate actual y la necesidad de superarlo. 1. Concepto único de los mecanismos de garantía definido por la función para la que están previstos. 2.

\* Este artículo fue publicado originalmente por *Elon Law Review*, 2 *Elon L. Rev.* 85 (2011). La reproducción y traducción de este artículo ha sido autorizada a la Universidad Externado de Colombia, tanto por la autora, como por *Elon Law Review*. Traducción del inglés: TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ

(N. d. T.) El presente artículo evalúa el estado de modernización de las garantías reales en el Derecho Comercial Internacional y su armonización. Al respecto, se sugiere al lector tener en cuenta que, al involucrar instrumentos internacionales, el texto contiene conceptos extraños a nuestro sistema de derecho. En este sentido, cabe resaltar que, según "*La Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas*" (texto del cual parte el análisis de este estudio), la operación garantizada es cualquier contrato que recurra a un bien mueble para garantizar el cumplimiento de la obligación. Contrariamente a nuestro derecho, este concepto, de una parte, no comprende la garantía sobre bienes inmuebles y, de la otra, amplía el concepto de contrato de garantía real a hipótesis en que el acreedor mantiene el derecho de dominio como forma de presión al deudor, verbigracia, la compraventa con reserva de dominio. La traducción no es literal, ni tampoco adaptada completamente a los términos del derecho colombiano; el modelo para traducir términos técnicos es la misma Guía Legislativa en su versión en español. Se aconseja, entonces, acudir a dicha versión para una comprensión más profunda de este artículo.

\*\* Profesora en *Queen Mary University of London* (QMUL) de Derecho Comercial Comparado, Derecho Comercial Internacional y Operaciones Comerciales Internacionales. Codirectora del programa de LLM. Profesora invitada en *Pace Law School*, Universidad de Navarra, *New York University in London* (NYU-London) y *Stetson University College of Law*. Correo electrónico: [a.raymond@gmul.ac.uk.] La autora desea expresar su agradecimiento a la asistente de investigación WITHNEY STEIN.

Fecha de Recepción: 10 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2011.

Efectos sobre terceros y regulación de los conflictos de leyes. v. El siguiente paso y el porqué de la improbabilidad de un único instrumento de armonización en el futuro próximo. vi. Conclusión.

#### Resumen

El artículo analiza la "Guía Legislativa Sobre Operaciones Garantizadas" en el contexto del Derecho Comercial Internacional, así como su aporte en la armonización de las garantías reales. Se sostiene que la Guía es el primer instrumento internacional que abarca la totalidad de las operaciones garantizadas mediante la adopción de un concepto unitario y funcional de garantía real. Sin embargo, se afirma que este concepto es contradictorio con una vasta porción de la regulación interna de muchos países, luego, la armonización en esta área será lenta y problemática.

Palabras clave: Operaciones garantizadas, contrato de garantía, derechos reales, garantía real, armonización, Derecho Comercial Internacional, UNCITRAL, Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas, Derecho Privado Internacional, Conflictos de Leyes.

### CROSS-BORDER SECURED TRANSACTIONS: ONGOING ISSUES AND POSSIBLE SOLUTIONS

#### Abstract

The paper analyses the "Legislative Guide on Secured Transactions" in the context of International Commercial Law, as well as its contribution to the harmonization of security interest. It affirms the Guide is the very first instrument to cover the entire scope of secured transactions by embracing a unitary and functional concept of security interest. Yet, it contends this concept contradicts a vast portion of many domestic legal systems, therefore, its harmonization will be slow and problematic.

Keywords: Harmonization, Secured transactions, Security interest, International Commercial Law, UNCITRAL.

### I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido dos años desde que UNCITRAL adoptó "La Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas"<sup>1</sup>. Durante este tiempo, la regulación de las operaciones ga-

<sup>1</sup> G.A. Res. 63/121, U.N. Doc. A/RES/63/121 (Dec. 11, 2008). Para acceder al texto completo de *La Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas*: [[www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09.-82673\\_ebook-S.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09.-82673_ebook-S.pdf)]; Para trabajos preparatorios y otros documentos interesantes al respecto: [[www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/payments/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html)]

rantizadas ha experimentado una alta actividad en cuanto a reformas. Por ejemplo, varias instituciones y organizaciones internacionales, así como cuerpos legislativos internos, han adelantado continuamente reformas a este respecto<sup>2</sup>. Una actividad tal requiere que tomemos un respiro y consideremos el progreso de la armonización dentro del contexto de la regulación de las operaciones garantizadas.

El propósito de este artículo es examinar la regulación de las operaciones garantizadas y analizar su futura reforma. La primera parte del estudio evalúa brevemente los intentos anteriores de armonizar la regulación de las operaciones garantizadas. La segunda parte aborda la "Guía Legislativa" y el impacto que ésta pueda tener en la armonización. La tercera parte, presenta el debate actual acerca de los esfuerzos en procura de la armonización, enfocándose, principalmente, en las inquietudes surgidas del derecho interno; y sugiere que es el momento de aproximarse a una armonización internacional de las operaciones garantizadas. Finalmente, la última parte, considera los pasos a seguir en la búsqueda de la armonización.

## II. BREVE HISTORIA DE LOS INTENTOS ANTERIORES DE ARMONIZACIÓN

En 1977, el profesor ULRICH DROBNIG, bajo el auspicio de UNCITRAL, adelantó un extenso estudio sobre las garantías reales<sup>3</sup>. La investigación incluyó la regulación en 51 países, evaluando de manera profunda 19 de ellos y teniendo en cuenta, además, instrumentos regionales<sup>4</sup>. El resultado del análisis fue sencillo:

Se puede notar que una regulación internacional bajo la forma de Convención que establezca normas sustanciales y de conflictos de leyes no es apropiada... Probablemente, sería difícil obtener suficiente apoyo de los gobiernos para la realización de una conferencia internacional donde se trate el tema, relativamente técnico, de las garantías

<sup>2</sup> K. YUKA, *A review of model laws in the context of financial crises: implications for procedural legitimacy and substantial fairness of soft law making*, J. of International Cooperation Studies, febrero de 2010, 1, disponible en [www.research.kobe-u.ac.jp/gsics-publication/jics/kaneco\_17-3.pdf] (debate sobre cómo las normas internacionales no obligatorias para los Estados -"soft laws"-, pueden formarse a través de la deliberación de múltiples partes o unilateralmente a través de normas modelo -"model laws"- por agencias financieras internacionales).

<sup>3</sup> U.N. Commission on International Trade Law, UNCITRAL, Y.B. 1977, 171.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, 219-221. Como parte de su evaluación, el profesor DROBNIG afirma que los ensayos anteriores lograron cierto grado de uniformidad en el área de los derechos reales. Estos ensayos eran: (1) una regulación sobre la compraventa con reserva de dominio adelantada por tres países escandinavos (Noruega, Suecia y Dinamarca) durante 1915-1917; (2) los borradores elaborados por UNIDROIT en 1939 y 1951 acerca de la reserva de dominio en la compraventa de ciertos bienes; (3) normas del proyecto de Convención de la Comunidad Económica Europea sobre el efecto de la reserva de dominio en el proceso de bancarrota; y (4) reservas modelo de cláusulas de reserva de dominio contenidas en "Condiciones Generales" creada por la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa. Cfr. *The Secretary-General, Report of the Secretary-General: Study on Security Interests*, 171, 208-10, delivered to the Commission on Int'l Trade Law, U.N. Doc. A/CN.9/131, febrero 15 de 1977.

reales; y aún si se acordara un texto en un instrumento internacional, los parlamentos nacionales dilatarían o, incluso, se negarían a ratificar un texto tal<sup>5</sup>.

El último trecho de la década de los setenta no era el momento adecuado para una Convención sobre las garantías reales, y el reporte, naturalmente, recomendaba que "la regulación tomara la forma de norma marco o normas modelo"<sup>6</sup>. Para 1990 había pocas posibilidades de armonización. El derecho de las garantías reales era considerado como un asunto doméstico, muy complejo en su esencia y diverso en los distintos Estados donde se pretendía armonizar:

A mitad de los noventa, los entendidos en el área [Derecho Comercial Internacional] plantearon varios tópicos [de potencial reforma] en la lista de imposibles, condenados a la basura por las profundas diferencias entre tradiciones legales, los usos del derecho comercial, y dificultades legislativas y culturales para cambiar un régimen jurídico enraizado<sup>7</sup>.

Sin embargo, algunas organizaciones internacionales rehusaron aceptar la convicción generalizada de arrojar a la basura una reforma potencial a la regulación de operaciones garantizadas<sup>8</sup>. Por ejemplo, el Congreso de UNCITRAL decidió en 1992 explorar la necesidad de armonización en el área de operaciones garantizadas<sup>9</sup>. En 1995 la Comisión decidió desarrollar normas uniformes de operaciones garantizadas y designó un grupo de trabajo<sup>10</sup>. Finalmente, esto resultó en la *Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*<sup>11</sup>. En gran medida debido a los enormes esfuerzos de UNCITRAL y algunas otras organizaciones internacionales, al final del siglo las operaciones garantizadas fueron sacadas de la basura y llevadas al primer plano de la agenda de reformas.

Durante los siguientes dos o tres años debemos haber completado la panoplia de todas las técnicas para promover la armonización del derecho en esta importante área: convenciones internacionales para unificar aspectos sustanciales del derecho, convenciones

<sup>5</sup> U.N. Commission on International Trade Law, ob. cit., 218.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, 218-219.

<sup>7</sup> H.S. BURMAN, *The commercial challenge in modernizing secured transactions law*, 8 *Unif. L. Rev.*, 2003, 347.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 347-48 (discusión acerca de las distintas organizaciones internacionales que reformaron exitosamente el derecho de las garantías financieras).

<sup>9</sup> *Uniform common law in the twenty first century: proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law* U.N. Doc. A/CN.9/SER.D/1, U.N. Sales N°. 94.V.14, 1995, 271.

<sup>10</sup> *Assignment in receivables financing: discussion and preliminary draft of uniform rules: report of the Secretary-General*, UNCITRAL, Y.B., U.N. Doc. A/CN.9/SER.A/1995, 1995, 207.

<sup>11</sup> G.A. Res. 56/81, U.N. Doc. A/RES/56/81, Jan. 31, 2002.

sobre conflicto de leyes, normas modelo, instrumentos regionales obligatorios, guías y, en temas específicos, contratos modelo con términos estandarizados<sup>12</sup>.

En ese entonces, la reforma estaba tomando impulso a nivel nacional e internacional. Organizaciones internacionales como la *Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado*, el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* y la *Organización de los Estados Americanos*, iniciaron el proyecto de reforma<sup>13</sup>. Así mismo, instituciones financieras internacionales, como el *Banco Asiático de Desarrollo*, el *Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo*, el *Banco Interamericano de Desarrollo*, el *Fondo Monetario Internacional* y el *Banco Mundial*, iniciaron el proyecto de reforma<sup>14</sup>. A nivel doméstico, numerosos sistemas<sup>15</sup>, incluyendo -más no exclusivamente- Inglaterra, Canadá,<sup>16</sup> Francia, Australia<sup>17</sup> y Nueva Zelanda<sup>18</sup>, adelantaron o estaban adelantando reformas en relación con las operaciones garantizadas.

Para 2008, el desarrollo de la reforma había obtenido tanta acogida que numerosos sistemas domésticos y la mayoría de organizaciones e instituciones internacionales estaban implementando o considerando implementar reformas. En 2009, la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL) adoptó uno de los documentos más significativos, exhaustivos y revolucionarios sobre ope-

<sup>12</sup> R. GOODE, *Harmonised modernisation of the law governing secured transactions: general-sectorial, global-regional*, 8 Unif. L. Rev. (n.s.), 2003, 341-42.

<sup>13</sup> Hague Conference on Private International Law, *Convention on the Law Applicable to certain Rights in respect of Securities held with an Intermediary*, 2006. [www.hcch.net/upload/conventions/txt36en.pdf](http://www.hcch.net/upload/conventions/txt36en.pdf) (última visita, septiembre 10 de 2010).

<sup>14</sup> European Bank for Reconstruction and Development, *Model law on Secured Transactions*, 1994. [www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf) (última visita, septiembre 10 de 2010).

<sup>15</sup> A. VENEZIANO, *A secured transactions' regime for Europe: treatment of acquisition finance devices and creditor's enforcement rights*, 14 JURIDICA INT'L 89, 2008. Disponible en [www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2008\\_1\\_89.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2008_1_89.pdf).

<sup>16</sup> Ver, Canada's Personal Property Security Acts. La legislación relevante: Personal Property Security Act 1990 (Ontario); Personal Property Security Act 1993 (New Brunswick); Personal Property Security Act 1993 (Saskatchewan); Personal Property Security Act 1994 (North West Territories); Personal Property Security Act 1996 (British Columbia); Personal Property Security Act 1996 (Nova Scotia); Personal Property Security Act 1997 (Prince Edward Island); Personal Property Security Act 1998 (Newfoundland); Personal Property Security Act 2002 (Yukon Territory); Personal Property Security Act 2007 (Alberta); and Personal Property Security Act 2010 (Manitoba). Claro está, el Personal Property Security Act no fue adoptado en Quebec, pero en todo caso el Código Civil de Quebec se inspiró en el artículo 9° del U.C.C.

<sup>17</sup> D.E. ALLAN, *Personal property security in Australia-A long, long trail a-winding*, 106 Dick. L. Rev., 2001, 145 (discusión acerca de los aspectos históricos de la reforma, especialmente el comienzo del proceso).

<sup>18</sup> Personal Property Securities Act, N° 126 (1999) (N.Z.). Disponible en [www.legislation.govt.nz/act/public/1999/0126/latest/DLM45900.html](http://www.legislation.govt.nz/act/public/1999/0126/latest/DLM45900.html). H. GABRIEL, *The New Zealand Personal Property Security Act: A Comparison with the North American Model for Personal Property Security*, 34 Int'l Law, 2000, 1123.

raciones garantizadas: la "Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas"<sup>19</sup>. Esta guía constituye una sistematización importante para evaluar el estado de desarrollo de la disciplina y contemplar los pasos a seguir.

### III. EL TEXTO ACTUAL

La "Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas"<sup>20</sup> de UNCITRAL es uno de los análisis más completos sobre operaciones garantizadas<sup>21</sup>. Tal como lo expresaron los redactores: "[I]a Guía pretende destacar diferencias entre los regímenes legales para ofrecer soluciones prácticas y demostradas que pueden ser adoptadas en Estados de tradiciones jurídicas diversas"<sup>22</sup>. Con el fin de satisfacer este propósito, los redactores diseñaron un set integral de principios que reconoce las distintas aproximaciones a las operaciones garantizadas<sup>23</sup>. Durante el diseño de estos principios, los redactores se nutrieron de varias instituciones, comentaristas, expertos en la industria, y académicos para elaborar esta Guía<sup>24</sup>. Aunque es muy pronto para asegurarlo, en el futuro esta Guía podría ser uno de los instrumentos más útiles en relación con las operaciones garantizadas entendidas como un mecanismo financiero.

Con el objetivo de garantizar su finalidad principal de "proveer una espectro amplio de maniobra que permita una regulación eficiente y efectiva del derecho de las operaciones garantizadas"<sup>25</sup>, el Grupo de Trabajo determinó que la regulación debe ser diseñada para:

- a) Fomentar la concesión de crédito asequible incrementando la oferta de crédito garantizado.
- b) Permitir que los deudores se valgan del pleno valor inherente de sus bienes para respaldar el crédito adeudado.
- c) Facilitar a las partes la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente.

<sup>19</sup> G.A. Res. 63/121.

<sup>20</sup> Guía Legislativa, supra, nota 1.

<sup>21</sup> "La [Guía es la] primera sistematización integral internacional en el campo del derecho de las garantías reales". P.M. MACHOKA, *Towards financial sector development-the role of the draft UNCITRAL guide on secured transactions*, 21 J.I.B.L.R., 2006, 529, 530.

<sup>22</sup> Guía Legislativa, supra, nota 1.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.* Esto incluye normas para el reconocimiento de los derechos del acreedor garantizado sobre los bienes asegurados. Este trabajo fue coordinado por el Grupo de Trabajo V de UNCITRAL que preparó la Guía sobre Insolvencia. Al respecto, M.R. UMARJI, *Role of secured transactions to mobilise credit and need for mobilizing the law*, 2007. Disponible en [www.uncitral.org/pdf/english/congress/Umarji.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Umarji.pdf).

<sup>25</sup> UNCITRAL, 40th Sess., June 25-July 12, 2007, *Note by the Secretariat: recommendations of the UNCITRAL draft legislative guide on secured Transactions*, U.N. Doc. A/CN.9/631 (marzo 16 de 2007). Disponible en: [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/817/11/PDF/V0781711.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/817/11/PDF/V0781711.pdf?OpenElement).

- d) Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las distintas formas de operaciones garantizadas.
- e) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre todos los tipos de bienes.
- f) Incrementar la certeza y la transparencia previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales.
- g) Establecer un orden de prelación claro y previsible.
- h) Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores garantizados de forma previsible y eficaz.
- i) Conceder a las partes la máxima flexibilidad posible para negociar las cláusulas de su acuerdo de garantía.
- j) Compaginar los intereses de las personas afectadas por una operación garantizada.
- k) Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, inclusive las reglas sobre conflictos de leyes<sup>26</sup>.

Cada uno de estos conceptos clave reconoce la necesidad a largo plazo de desarrollar un sistema jurídico armonizado sobre operaciones garantizadas. Todavía más importante, establecer estos objetivos clave, da al Grupo de Trabajo guía suficiente para proferir recomendaciones y servirá como una carta de ruta para el uso de la Guía Legislativa como instrumento de proyectos a nivel regional y doméstico.

Uno de los aspectos más importantes de la Guía es su amplitud de cobertura. Otras convenciones y textos legales enumeran conceptos clave similares<sup>27</sup>, no obstante, ninguno de éstos es tan amplio en el cubrimiento de la variedad de operaciones garantizadas. La mayoría de textos precedentes era limitada en su objeto, usualmente buscaban regular sólo un tipo de garantía real o exclusivamente una forma de garantía financiera<sup>28</sup>. La Guía, mediante el cubrimiento de toda el área de las operaciones garantizadas, es un intento sofisticado de cumplir todas estas metas dentro de una sola sistematización.

Basado en los conceptos clave establecidos, el Grupo de Trabajo divide la Guía Legislativa en dos partes fundamentales: recomendaciones (en general y referidas a activos particulares) y textos sugeridos<sup>29</sup>. La Guía recomienda de forma clara que

<sup>26</sup> *Ibid.*, 10-11.

<sup>27</sup> Int'l Institution for the Unification of Private Law [UNIDROIT], *Convention on International Interests in Mobile Equipment*. Disponible en [www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf](http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf) (última visita, agosto 10 de 2010); United Nations, *Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, 2004. Disponible en: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/receivables/cte-assignment-convention.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/receivables/cte-assignment-convention.pdf). European Bank for Reconstruction and Development, *Model Law on Secured Transactions*, 2004. Disponible en [www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf).

<sup>28</sup> Cape Town Convention, *supra*, nota 27; Receivables Convention, *supra*, nota 27.

<sup>29</sup> Guía Legislativa, *supra*, nota 1, 91 (trata especialmente sobre cesiones en bloque); 143 (relacionado con la oponibilidad frente a terceros).

en ciertos temas importantes, los Estados adopten un esquema similar al del artículo 9º. del "Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos"<sup>30</sup>. La introducción de los conceptos del artículo 9º. en una guía legislativa internacional presenta, sin embargo, algunos problemas debidos principalmente a las distintas aproximaciones a los derechos reales y al régimen de insolvencia en los sistemas legales domésticos. La recomendación del Grupo de Trabajo de acudir a los conceptos del artículo 9º. es un paso firme hacia la adopción a gran escala de una regulación de las operaciones garantizadas al estilo estadounidense<sup>31</sup>.

La Guía está diseñada para permitir a los deudores usar todo el valor inherente a sus activos para respaldar el crédito, tanto así que se dará trato igual a las diferentes fuentes de crédito y de operaciones garantizadas<sup>32</sup>. Esta aproximación incluye la retención de títulos negociables, así como de activos en conjunto y futuros<sup>33</sup>. Además, la Guía establece que las partes deben constituir garantía de una forma sencilla y eficiente, sin formularios innecesarios, ni restricciones excesivas en cuanto a la descripción de la garantía, ni procedimientos extremadamente difíciles que entorpezcan la perfección de la garantía<sup>34</sup>.

Sumado a lo anterior, la Guía pretende establecer un sistema de registro que opere mediante la notificación<sup>35</sup> de la constitución de garantías a una central de registros<sup>36</sup>. Un sistema registral basado en la notificación da a los países gran comodidad y reconoce, en lo que respecta a prelación, el principio básico de *primero en el tiempo, primero en el derecho*<sup>37</sup>. Sin embargo, no se debe malinterpretar los principios básicos del sistema de prelación, pues la Guía permite la creación de (y la protección asociada con) un derecho preferente en el reparto de los ingresos obtenidos de la garantía (*Proceeds*)<sup>38</sup> o de una garantía mobiliaria de adquisición (*Purchase Money Security Interest* o *PMSI*)<sup>39</sup>.

A pesar de la apariencia sencilla de esta aproximación, la Guía no pretende reducir todos los tipos de activos a un solo sobre-simplificado sistema. El Grupo de

<sup>30</sup> U.C.C. § Rev. 9-502 cmt. 2, 2000.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Guía Legislativa, *supra*, nota 1, 3.

<sup>33</sup> De hecho, el proyecto prescribe que las garantías reales pueden ser constituidas no sólo sobre bienes que existen o que pertenecen al otorgante al momento del contrato, sino también sobre los bienes que adquiera el deudor después, permitiendo que un solo contrato de garantía cubra activos presentes, pasados y futuros. Al respecto, S.V. BAZINAS, *Key policy issues of the UNCITRAL draft legislative guide on secured transactions*, en *Réforme des sûretés mobilières: les enseignements du guide législatif de la CNUDCI*, (B). Foex, L. Thèvenoz and S.V. Bazinas eds., 2007.

<sup>34</sup> Recomendaciones, *supra*, nota 25, objetivo clave (1)(c)-(e), 3, y Recomendación 58, 19.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, objetivo clave (1) (f).

<sup>36</sup> *Ibíd.*, discutido en mayor detalle Recomendación 55.

<sup>37</sup> Esta es, obviamente, la regla general. *Ibíd.*, Recomendación 78(a), 23.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, 18 (prescribe que el derecho real sobre el bien garantizado se extiende a los ingresos identificables provenientes de activo).

<sup>39</sup> *Ibíd.*, 11.



trabajo, reconoció la diferencia entre los activos generales y estructuras altamente complejas derivadas de cierto tipo de activos<sup>40</sup>. Como tal, la Guía contiene una regulación específica para algunos tipos de activo como títulos negociables o los ingresos obtenidos de la garantía (*Proceeds*)<sup>41</sup>. Además, las normas básicas se refieren también en algunos casos a tipos específicos de activos<sup>42</sup>. Por ejemplo, la manera en que se constituye una garantía real<sup>43</sup>, el registro<sup>44</sup>, los derechos y obligaciones de las partes<sup>45</sup>, los efectos de la garantía en relación con terceros<sup>46</sup>, y las reglas de prelación<sup>47</sup>, aunque levemente, varían dependiendo de las características del tipo de activo. Sin embargo, esto no debe ser visto como la complicación de un texto sencillo. Por el contrario, las distinciones son necesarias para que los distintos tipos de activo subsistan dentro del amplio marco de una sola guía de operaciones garantizadas. Por ejemplo, en cuanto a la garantía sobre el derecho al pago en una cuenta bancaria, la Guía especifica que "la garantía puede ser oponible mediante el registro... o por medio del control efectivo del titular de la garantía sobre los fondos depositados en la cuenta bancaria"<sup>48</sup>. El concepto de control no es extraño al derecho estadounidense<sup>49</sup>, y a pesar de eso, no es aceptado por los Estados federales que carecen de un sistema de operaciones garantizadas moderno, tal como el del artículo 9<sup>o</sup>.<sup>50</sup> Sin embargo, este concepto debe ser considerado esencial para el restringido campo de los activos de cuentas bancarias e instrumentos negociables<sup>51</sup>. En este orden de ideas, mediante el reconocimiento de las diferencias inherentes a los distintos tipos de activos, la Guía es exitosa en el cumplimiento de sus objetivos<sup>52</sup>.

Es la cuidadosa redacción de las recomendaciones generales y de las referidas a tipos específicos de activos, la razón por la cual esta Guía podría ser reputada como innovadora dentro del campo de las operaciones garantizadas. Varios de los proyectos actuales de reforma adoptan los principios del texto en su integridad y

<sup>40</sup> *Ibíd.*, parte IV, (B).

<sup>41</sup> *Ibíd.*

<sup>42</sup> *Ibíd.*, partes IV, V, VI, VII & VIII.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, parte IV.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, parte VI.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, parte VII.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, parte V.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, parte VII.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, 16.

<sup>49</sup> U.C.C. §§ 9-104-06, 2000, 314.

<sup>50</sup> M.B. CARSELLA, *Foreign territory: can the rest of the world join us on asset-based lending?* 14 Bus. L. Today, 2005, 47, 49 ("En la mayoría de países, usted aún necesita tomar posesión del bien para constituir la prenda... ahora bien, es curioso notar que aquellos países que históricamente han sido más abiertos a la noción de garantía real sin posesión son de *common law*").

<sup>51</sup> Sobre el control de cuentas bancarias en la Guía Legislativa, *supra*, nota 25. Sobre el mismo tema en U.C.C., *infra*, nota 53.

<sup>52</sup> Recomendaciones, *supra*, nota 25, 9-11 (recomendaciones acerca de la constitución de derechos reales sobre ciertos activos en particular); 16-17 (recomendaciones acerca la oponibilidad frente a terceros de la garantía sobre ciertos activos en particular).

se aproximan de manera vigorosa a las recomendaciones sobre tipos específicos de activos<sup>53</sup>. Si bien algunos pueden argumentar que otras sistematizaciones contienen normas similares, la Guía es única por la metodología que utiliza a través del texto<sup>54</sup>. De forma similar a la utilizada por UNIDROIT en la *Convención Internacional sobre Intereses en Equipos Móviles*<sup>55</sup>, la Guía Legislativa establece un set de principios generales que le da coherencia y, posteriormente, realiza recomendaciones específicas en relación con los tipos específicos de activos<sup>56</sup>. La regulación de los tipos particulares de activos refleja la coherencia de todo el sistema. Esta metodología podría ser la técnica de sistematización a imitar en el futuro.

#### IV. EL DEBATE ACTUAL Y LA NECESIDAD DE SUPERARLO

A pesar de la amplia cobertura de la Guía, varios interrogantes sobre armonización deben ser resueltos antes de que las reformas sigan adelante. Los debates más candentes se refieren, principalmente, a dos asuntos: primero, la adopción de un único mecanismo de garantía definido por la función para la que está previsto y, segundo, qué metodología debe ser adoptada para resolver las controversias que resulten del conflicto de leyes sobre los efectos de los contratos de garantía en relación con terceros<sup>57</sup>. Mientras estos interrogantes no sean resueltos, la armonización será muy difícil de alcanzar.

##### 1. Concepto único de los mecanismos de garantía definido por la función para la que están previstos

Antes del diseño de un instrumento moderno de operaciones garantizadas, cual es el previsto por la Guía, "el abogado tenía que familiarizarse con una variedad de formas de garantía, cada una regulada de manera independiente"<sup>58</sup>. Por ejemplo, era natural que una parte pudiera constituir garantía sobre un bien mediante la prenda (*pledge*), la cesión de los poderes que derivan del derecho de propiedad (*assignment*), la prenda con pacto comisorio (*mortgage*), la fiducia en garantía (*trust*), el derecho de retención del factor (*factor's lien*), o la compraventa con reserva de dominio

<sup>53</sup> *Ibíd.* Sobre un análisis comparativo del artículo 9º: GABRIEL, ob. cit., supra, nota 18, 1126 ("Todas las operaciones que sirven para garantizar una deuda con bienes son tratadas de la misma forma").

<sup>54</sup> Ver, Recomendaciones, supra, nota 25, 9-11; ver también el texto que acompaña la nota 52.

<sup>55</sup> Cape Town Convention, supra, nota 26, 138, 140.

<sup>56</sup> Recomendaciones, supra, nota 25, VII (detalla la estructura de la sección V "Prelación de una garantía", dividida en lineamientos generales, precisiones sobre activos específicos y recomendaciones).

<sup>57</sup> Ver, supra, parte III.

<sup>58</sup> *In re Cybernetic Servs., Inc.*, 252 F.3d 1039, 1048 (9th Cir. 2001) (citando a J.J. WHITE & R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 4ª ed., 1995, 2, § 30-1).

(*condicional sale*)<sup>59</sup>. Cada una de estas formas tenía un elaborado set de reglas que regulaban su utilización y suponían distintos derechos y obligaciones de las partes contratantes<sup>60</sup>. Las regulaciones modernas de operaciones garantizadas llevan la "vieja historia de la proliferación de distintas formas de garantía a... un fin"<sup>61</sup>. De cierto modo la modernización implica eso, establece un solo sistema de reglas que regula "una única, exclusiva forma de garantía", comúnmente denominada con un solo término, garantía real (*security interest*)<sup>62</sup>.

Evidentemente, este concepto único de garantía real es uno de los hitos distintivos de los mecanismos modernos de operaciones garantizadas<sup>63</sup>. El concepto unitario encuentra su origen en la creencia de que todas las garantías tienen una función idéntica<sup>64</sup>. Esta afirmación está basada en la suposición de que "la esencia de la garantía real no está determinada por las formalidades legales de las que surge, sino en la finalidad que persigue"<sup>65</sup>. En consecuencia, la mayoría de regulaciones modernas de las operaciones garantizadas definen la garantía real funcionalmente<sup>66</sup>. Por ejemplo, la Guía describe la garantía real como "un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real"<sup>67</sup>. Esta definición permite al intérprete ignorar la etiqueta o descripción elaborada por las partes y, por el contrario, reconocer una garantía real en los casos en que la transacción confiere al acreedor un poder al bien que garantiza el pago o cumplimiento de una obligación<sup>68</sup>. Este tipo de aproximación permite que una mayor variedad de transacciones sean abarcadas por la regulación de las garantías reales<sup>69</sup>. Para muchos, este principio es una de las virtudes principales de los sistemas modernos de operaciones garantizadas<sup>70</sup>.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 1048 (citando a G. GILMORE, *Security interests in personal property*, 1965, 296, § 10.1). De hecho, en ese momento las normas de *common law* regulaban algunos instrumentos como la prenda, y la ley regulaba otros instrumentos como la prenda con pacto comisorio y la venta con reserva de dominio; ver, P. WINSHIP, *The legal framework to secure loans in the United States: a comprehensive system for creating security interests*, Center for Econ. Analysis of Law, 2001, 1.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, 1048.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*, 1048-1049.

<sup>64</sup> "Sin importar la forma de la transacción ni el nombre que las partes le hayan dado". U.C.C. § 9-109.

<sup>65</sup> M.G. BRIDGE et ál., *Formalism, functionalism, and understanding the law of secured transactions*, 44 MC-GILL L.J., 1998-1999, 567, 577.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, 572.

<sup>67</sup> Recomendaciones, *supra*, nota 25, xv. Esto debe sonar familiar para un abogado estadounidense, pues el artículo 9º. del U.C.C. define garantía real como un "interés en los bienes muebles o equipos que aseguran el pago o cumplimiento de una obligación", U.C.C., 35, § 1-201.

<sup>68</sup> U.C.C. § 9-109.

<sup>69</sup> J. J. WHITE & R. S. SUMMERS, *ob. cit.*, 2001, § 21-2.

<sup>70</sup> A.M. GARRO, *Harmonization of personal property security law: national, regional and global initiatives*, 8 Unif. L. Rev., 2003, 357.

Sumado a lo anterior, esta aproximación expande el espectro del derecho de las operaciones garantizadas. Podría aplicarse a distintas formas de transacciones, tales como la venta con reserva de dominio (*sales involving title retention*)<sup>71</sup>, la consignación de la propiedad para reventa (*consignment of property for resale*), así como el leasing financiero<sup>72</sup>. Esta estructura limita la habilidad de las partes para esquivar los requisitos de las operaciones garantizadas mediante la creación de figuras que, esencialmente, sirven para lo mismo que una garantía real, pero están etiquetadas de forma distinta<sup>73</sup>.

Ahora bien, el debate acerca de un único concepto de la garantía real definida funcionalmente está más que abierto. Europa se mantiene reacia a esta concepción:

La concepción única de garantía real sobre bienes muebles establecida por el artículo 9º. del Código de Comercio Uniforme (y adoptada por el *Property Security Act* canadiense), que trata la reserva del dominio como una garantía real, ha sido aceptada de vieja data como una aproximación lógica en los negocios en Estados Unidos y Canadá, donde en ambos casos todas las entidades federales excepto una son de *common law*, pero, como sostiene el profesor GARRO, no encuentra raíces en Europa continental, donde se le da predominancia a la libertad de las partes para escoger cualquiera de las distintas figuras negociales con distintos efectos, aún si tienen una misma función económica<sup>74</sup>.

Aunque el concepto de garantía única se haga más estrecho, sigue encontrando resistencia:

En una etapa incipiente de la redacción de la Convención de Cape Town fue contemplada la introducción del concepto funcional de garantía real, cuyo modelo es el artículo 9º., de forma tal que, la convención trataría sólo la garantía sobre equipos móviles, incluyendo compraventa con reserva de dominio y ciertos tipos de *leasing* financiero. Sin embargo, esta idea fue abandonada cuando se hizo evidente que no había entusiasmo por parte de los miembros europeos del Grupo de Estudio<sup>75</sup>.

Europa continental e Inglaterra, en particular, continúan rechazando el concepto unitario de garantía real por dos razones básicas: (1) el sistema absorbe figuras que nunca se pretendió integraran el sistema de operaciones garantizadas, y (2) el

<sup>71</sup> Poco probable en Inglaterra -para nombrar sólo un ejemplo-. Ver, BRIDGE et ál., ob. cit., supra, nota 65.

<sup>72</sup> Ibíd.

<sup>73</sup> Ibíd.

<sup>74</sup> GOODE, ob. cit., supra, nota 12, 345.

<sup>75</sup> Ibíd.

sistema contradice de entrada la regulación vigente de los derechos reales<sup>76</sup>. Además, como se discutirá en la sección sobre el "debate actual", Inglaterra rechaza el sistema unitario por una tercera razón: es muy costoso<sup>77</sup>.

Una de las críticas europeas al sistema unitario-funcional de garantía real es que incluye figuras negociales que no fueron concebidas para pertenecer a la regulación<sup>78</sup>. El argumento principal, según el profesor BRIDGE<sup>79</sup> y otros<sup>80</sup>, es que la aproximación funcional captura dentro de la regulación de las operaciones garantizadas todas las operaciones financieras que se valen de garantía como medio para asegurar el pago o el cumplimiento<sup>81</sup>. Esta captura excesiva elimina otros instrumentos financieros viables, y pone al mismo nivel todos los mecanismos en un único régimen<sup>82</sup>. En consecuencia, cualquier ventaja desarrollada o lograda a través del uso de otros mecanismos es eliminada<sup>83</sup>.

Adicionalmente, en muchos sistemas, el acuerdo mediante el cual el acreedor conserva el derecho de dominio como medio para garantizar el cumplimiento, no es considerado como un contrato de garantía, pues no confiere a aquél ningún poder sobre los bienes del deudor<sup>84</sup>. Así pues, se sostiene que el régimen funcional de operaciones garantizadas contradice el sistema tradicional de propiedad<sup>85</sup>. MICHAEL BRIDGE afirma que:

Los problemas identificados al tratar de aplicar un análisis puramente funcional a las operaciones con retención de propiedad como la venta con reserva de dominio, la fiducias o la *leasing* -y las operaciones similares a las del artículo 9º.- demuestran que la distinción entre derecho real y obligación es imborrable en derecho<sup>86</sup>.

Entonces, la existencia de un régimen funcional y/o unitario de operaciones garantizadas no es legalmente posible, pues el concepto de derecho real es un elemento necesario de cualquier sistema de operaciones garantizadas<sup>87</sup>.

Los argumentos en contra de una regulación unitaria-funcional de operaciones garantizadas están perdiendo influencia, debido a que cada vez más sistemas

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 345; ver también: BRIDGE et ál., *ob. cit.*, supra, nota 65, 575.

<sup>77</sup> R. GOODE, *Security in cross-border transactions*, 33 *Tex. Int'l L.J.*, 1998, 47, 49. Ver, The Law Commission. *Company security interests*, Cm. 6654, 2005, 5, §1.4. Disponible en: [www.lawcom.gov.uk/](http://www.lawcom.gov.uk/).

<sup>78</sup> BRIDGE et ál., *ob. cit.*, supra, nota 65, 576-578.

<sup>79</sup> *Ibíd.*

<sup>80</sup> GOODE, *ob. cit.*, supra, nota 12, 345.

<sup>81</sup> BRIDGE et ál., *ob. cit.*, supra, nota 65, 577-578.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, 621-622.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, 621-623.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, 573.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, 575.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, 567.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, 577-578.

se acercan a dicha regulación<sup>88</sup>. En efecto, muchos sistemas domésticos se están alejando de la aproximación inglesa o europea, mediante la adopción o la intención de adoptar un régimen unitario y funcional de las operaciones garantizadas<sup>89</sup>. Estados como Canadá<sup>90</sup>, Nueva Zelanda<sup>91</sup> y, recientemente, Australia<sup>92</sup> y Francia<sup>93</sup>, se están moviendo hacia, o adoptado completamente, un concepto unitario de los mecanismos de garantía definidos por la función del instrumento<sup>94</sup>. Entre más Estados adopten este sistema, las críticas van perdiendo peso.

Mientras el debate continúa, se mantiene el interrogante sobre qué debe hacerse para lograr la armonización de las operaciones garantizadas. La controversia sobre el enfoque unitario de los mecanismos de garantía puede ser atemperada mediante una solución temporal. Por ejemplo, la regulación modelo OAS sobre operaciones garantizadas establece un sistema uniforme de registro y un sistema de prioridad, con la finalidad de eliminar algunas de las preocupaciones que surgen de los distintos tipos de activos<sup>95</sup>. Según esta aproximación, los Estados que adopten la regulación modelo deben crear un sistema unitario y uniforme de registro para todo tipo de garantías<sup>96</sup>. En consecuencia, los Estados adherentes pueden mantener la denominación individual de la prenda (*pledge*), la prenda con pacto comisorio (*mortgage*), la fiducia en garantía (*trust*), o la compraventa con reserva de dominio (*conditional sale*), así como de todos los otros mecanismos tradicionales, con la salvedad de que todos deben ser registrados de la misma forma<sup>97</sup>, en el mismo lugar<sup>98</sup> y sujetos al mismo principio de *primero en el tiempo, primero en el derecho*<sup>99</sup>. Si bien este esquema no satisface la meta final de un concepto unitario de garantía, sí tiene mérito como primer paso para modernizar varios sistemas domésticos<sup>100</sup>. Como tal, uno puede argumentar que es una medida provisional razonable mientras los esfuerzos de armonización siguen adelante.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, 569.-570.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Canada's Personal Property Security Acts, *supra*, nota 16.

<sup>91</sup> Personal Property Securities Act (N.Z.), *supra*, nota 19.

<sup>92</sup> ALLAN, *ob. cit.*, *supra*, nota 18.

<sup>93</sup> VENEZIANO, *ob. cit.*, *supra*, nota 17.

<sup>94</sup> Ver las fuentes citadas *supra*, notas 16-19.

<sup>95</sup> Organization of American States [OAS], Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law [CIDIP-VI], *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, CIDIP-VI/RES.5/02 febrero 27 de 2002.

Disponible en: [www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John\\_Wilson\\_ML.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John_Wilson_ML.pdf).

<sup>96</sup> *Ibíd.*, art. 44.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, art. 38.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

<sup>99</sup> *Ibíd.*, art. 48.

<sup>100</sup> The Norma Modelo OAS ha sido adoptada en Latinoamérica y el Caribe. Ver, B. KOZOLCHYK & J.M. WILSON, *Nat'l law ctr. for inter-am. freetrade, the Organization of American States' model inter-american law on se cured transactions*, 2002, 62-64. Disponible en: [www.natlaw.com/hndocs/artoasm1bkjw.pdf](http://www.natlaw.com/hndocs/artoasm1bkjw.pdf).

Por el contrario, la Guía adopta un sistema centrado en el compromiso entre los sistemas domésticos<sup>101</sup>. La Guía, claramente, ubica los mecanismos de retención del dominio dentro del concepto unitario y funcional<sup>102</sup>. No obstante, la Guía flexibiliza esta posición a través de la posibilidad de adherir a una de dos opciones en relación con instrumentos de financiación de adquisiciones<sup>103</sup>. La primera opción está basada en la intención de los Estados de terminar con la distinción entre las diferentes operaciones de financiación de adquisiciones, mediante una sola caracterización de sus mecanismos de garantía<sup>104</sup>. La segunda opción permite a los Estados conservar su sistema vigente, así como la caracterización que las partes establezcan en el contrato<sup>105</sup>. Sin embargo, los Estados que adopten la segunda opción deben crear un equivalente funcional entre los distintos mecanismos<sup>106</sup>.

Aunque la Guía parece, razonablemente, promover la obtención de compromisos, uno podría argumentar que el esfuerzo por obtenerlos puede ser inconveniente para lograr una armonización a largo plazo. Es más, la opción de la Guía que permite mantener mecanismos que tienen la misma función de los instrumentos de garantía sin tratarlos completamente como tales, no hace más sino confundir. Tal como lo afirman CHRISTIAN VON BAR y ULRICH DROBNIG en su *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, negociantes y profesionales del derecho se quejan acerca de las diferencias en el campo de los créditos garantizados, particularmente, sobre las diversas interpretaciones de la retención de dominio<sup>107</sup>. Esta confusión perjudica los negocios, porque los participantes ven con recelo la utilización de ciertos tipos de activos para garantizar el crédito. A pesar de la confusión, la Guía Legislativa constituye un primer paso significativo en la senda de la armonización.

## 2. Efectos sobre terceros y regulación de los conflictos de leyes

Conforme a las normas tradicionales sobre conflictos de leyes, la creación, perfección y prelación de la garantía real está determinada por el lugar del bien garantizado<sup>108</sup>. Mientras históricamente esta regla tiene sentido, actualmente, dada

<sup>101</sup> Guía Legislativa, *supra*, nota 1, 1-3, 1; U.N. Sales No. E.09.V.12, 2010.

<sup>102</sup> Considerado en el contexto de 'Garantías Financieras', la Guía Legislativa Final recomienda a los Estados adoptar la segunda de estas opciones, con la finalidad de crear un sistema "funcional, integral y uniforme" de las operaciones garantizadas, 334.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 374-81, 178-202.

<sup>104</sup> *Ibid.*, 336-37, 75.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 337, 76.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 338, 80.

<sup>107</sup> C. VON BAR & U. DROBNIG, *Study on property law and non-contractual law as they relate to contract law*, SANCO B5-1000/02/000574, 2003, 525-29.

Disponible en:

[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/study.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf).

<sup>108</sup> *Ibid.*, 525-28.

la facilidad con que los bienes son trasladados fuera de los límites de los Estados, el lugar del bien puede implicar varios sistemas internos<sup>109</sup>. Así pues, los titulares de la garantía pueden verse enfrentados a un sistema extraño o inconveniente que niega el reconocimiento de los derechos válidamente constituidos bajo la regulación del sistema donde fueron creados<sup>110</sup>. Por ejemplo, algunos sistemas no reconocen ciertas formas de garantía real, o niegan el reconocimiento del cambio de garantía real por una idéntica después de constituida (*after acquired property clauses*), o tienen acciones limitadas para reclamar ante el incumplimiento<sup>111</sup>. De hecho, algunos sistemas no reconocen garantías constituidas válidamente en el extranjero si no están concebidas en su régimen legal, o desconocen garantías constituidas válidamente en el extranjero en situaciones de bancarrota<sup>112</sup>. Situaciones como éstas imponen costos adicionales a los acreedores garantizados, porque éstos se ven obligados a conocer y cumplir con varios sistemas domésticos para proteger adecuadamente sus intereses. Además, en muchas situaciones, esta falta de certeza sobre la ley aplicable y los mecanismos para proteger derechos, puede afectar el uso comercial de ciertos tipos de activos como garantía.

Dada la multiplicidad de sistemas nacionales que regulan las garantías reales de forma no armonizada, ha sido muy difícil acordar y adoptar un set general de normas sobre conflictos de leyes acerca de las operaciones garantizadas<sup>113</sup>. Los escollos más grandes surgen de la efectividad de los derechos y la prelación de terceros<sup>114</sup>. Esto se debe, en principio, a que las garantías siendo contractuales suponen derechos reales sobre los bienes<sup>115</sup>. Una garantía real es contractual en el sentido de que el contrato accesorio del que surge establece los poderes y derechos que tiene el acreedor ante el incumplimiento del deudor<sup>116</sup>. Sin embargo, en el sistema moderno de operaciones garantizadas, los derechos que surgen del incumplimiento son oponibles a terceros, otros acreedores y a los reclamos dentro del procedimiento de insolvencia<sup>117</sup>. Esto se debe a que la garantía real perfeccionada de forma válida confiere prelación sobre otros acreedores, dándole al acreedor garantizado el derecho a hacer efectiva la garantía o perseguir los ingresos obtenidos de la garantía

<sup>109</sup> U.C.C. § 9-301.

<sup>110</sup> R. CRANSTON, *Theorizing transnational commercial law*, 42 Tex. Int'l L.J., 2007, 597, 606 (discute el traslado de bienes de un Estado a otro).

<sup>111</sup> H. FLEISIG, *Secured transactions: the power of collateral*, 33 Fin. and Dev. 19.9.6, 2. Ver también, CARSELLA, ob. cit., supra, nota 53, 48.

<sup>112</sup> U. DROBNIG, *Secured credit in international insolvency proceedings*, 33 Tex. Int'l L.J., 53, 1998, 65-66.

<sup>113</sup> BURMAN, ob. cit. supra, nota 7.

<sup>114</sup> Recomendaciones, supra, nota 25, partes V y VII.

<sup>115</sup> J. TAYLOR, *Retention of title and the trans-tasman supply of goods*, 12 N.Z. Bus. L. Q., 2006, 71, 4.3.1.

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> Recomendaciones, supra, nota 25, parte X(A).



por encima de los otros<sup>118</sup>. La legitimación para excluir terceros, otros acreedores y a quienes reclaman en un proceso de insolvencia está relacionada con la regulación doméstica de los derechos reales y de la insolvencia<sup>119</sup>. Estas disciplinas han demostrado ser muy difíciles de armonizar<sup>120</sup>, dificultad que no es menor en el área de las operaciones garantizadas.

Un ejemplo de intento de armonización es la *Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*<sup>121</sup>. Según esta Convención "cualquier conflicto sobre una cesión internacional, o un título negociable internacional, será resuelto por remisión a un solo sistema de derecho: la regulación de lugar del cedente"<sup>122</sup>. Cabe destacar la aproximación sencilla y el efecto innovador de esta regla. El régimen del cedente será la ley aplicable para cualquier controversia relacionada con prelación<sup>123</sup>. Sin embargo, es esta sencillez la que ha dado fundamento a las críticas<sup>124</sup>. Algunos comentaristas y redactores aseguran que:

El debate parece haber sido evitado...acudiendo al derecho privado internacional... Si esta propuesta es adoptada en la siguiente sesión hará, en mi opinión, más fácil la construcción de la convención. Sin embargo, existe un riesgo,...que todos los asuntos difíciles podrían ser remitidos al derecho privado internacional. En mi opinión, no vale la pena diseñar una convención que remite todas las controversias al domicilio comercial del cedente<sup>125</sup>.

Aunque esta crítica es un poco exagerada, resalta la preocupación válida sobre una aproximación simplista que deja muchos asuntos sin resolver. La aproximación de la Convención procura una mayor certeza al resolver los conflictos de prelación por medio de un único y predecible marco jurídico<sup>126</sup>. Los acreedores, sin embargo, tienen que lidiar con el derecho doméstico del cedente.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, parte v.

<sup>119</sup> *Ibíd.*

<sup>120</sup> Europa continúa sometida a este tipo de dificultades -ahora bien, el camino se está transitando poco a poco-. Al respecto: *The EULIS Service: European Land Service Information*, 2010. Disponible en: [www.eulis.org](http://www.eulis.org) (permite a los visitantes buscar registros de propiedades online).

<sup>121</sup> Ver, *The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, G.A. Res. 56/81, Preamble, U.N. Doc. A/RES/56/81, Dec. 12, 2002 (promueve la unificación del derecho comercial internacional a lo largo de las naciones).

<sup>122</sup> M. DESCHAMPS, *The priority rules of the United Nations receivables convention: a comment on Bazinas*, 12 *DUKE J. COMP. & INT'L. L.*, 2002, 389, 391.

<sup>123</sup> Excepto en los eventos de procedimiento de insolvencia y/o normas imperativas. Ver, G.A. Res. 56/81, *supra*, nota 128, 30 (establece que el derecho del cedente no es la ley aplicable en los casos de insolvencia o normas imperativas).

<sup>124</sup> Ver, M. TRAGER, *Towards a predictable law on international receivables financing: the UNCITRAL convention*, 31 *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, 1999, 611, 631 (expone las críticas a la *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*).

<sup>125</sup> *Ibíd.*, 631 (citando una carta del abogado CHRISTOPHER DOYLE), *Office of the Attorney General, to Trager*, Nov. 10, 1997.

<sup>126</sup> G.A. Res. 56/81, *supra*, nota 121, 30 (resuelve conflictos de prelación recurriendo al derecho del Estado donde el bien del cedente está ubicado).

En contraste, la Guía Legislativa crea un set integral de reglas sobre conflictos de leyes<sup>127</sup>. Como regla general, la Guía prescribe que el derecho del lugar donde se encuentre el bien es el que gobierna la creación de las garantías sobre bienes materiales, la oponibilidad frente a terceros y la prelación<sup>128</sup>. Sin embargo, dada la preocupación de que tal aproximación conduzca a la falta de certeza, en lo que se refiere a bienes materiales que sean usados comúnmente en más de un Estado, se determinó que la garantía sobre éstos estará sujeta al derecho del domicilio del deudor que la otorgó<sup>129</sup>.

En este evento la Guía probablemente adoptó la posición más razonable en lo que respecta a conflictos de leyes<sup>130</sup>. Aunque el resultado no sea el ideal y parezca, a primera vista estadounidense, una sola postura sobre los conflictos de leyes es necesaria si, eventualmente, se quiere algún día llegar a la armonización. No obstante, mientras la mayoría de sistemas domésticos comienza a adoptar esta aproximación, puede haber inconvenientes debido a que, actualmente, muchos sistemas domésticos difieren considerablemente de aquélla.

#### V. EL SIGUIENTE PASO Y EL PORQUÉ DE LA IMPROBABILIDAD DE UN ÚNICO INSTRUMENTO DE ARMONIZACIÓN EN EL FUTURO PRÓXIMO

La armonización de las operaciones garantizadas no ocurrirá pronto por vía de un solo instrumento, puesto que, cualquier nueva sistematización del derecho de las garantías debe ser armonizada con la estructura de los sistemas vigentes. La armonización de las operaciones garantizadas requiere que los Estados evalúen la relación entre operaciones garantizadas y el derecho de las obligaciones, la propiedad, el procedimiento y, claro está, la insolvencia. Esto supone una carga enorme para los Estados que quieren modernizar su regulación de las operaciones garantizadas, pues, las más de las veces, esto requeriría que los Estados reformaran una porción amplia de su derecho interno.

Los mayores obstáculos, sin embargo, no surgen de los Estados que necesitan una reforma considerable, sino de aquellos que necesitan una reforma, pero ya son semi-modernos en su regulación de las operaciones garantizadas<sup>131</sup>. El mejor

<sup>127</sup> UNCITRAL, Sub-Comm'n on Security Interests, *Report of Working Group VI (Security Interests) on the Work of its Twelfth Session*, ch. XIII, U.N. Doc. A/CN.9/620, febrero 26 de 2007 (establece reglas sobre conflictos de leyes).

<sup>128</sup> Recomendaciones, *supra*, nota 25, 202 (recomienda que el derecho del Estado donde está domiciliado el otorgante debe gobernar la garantía real sobre bienes materiales); ver también, UNCITRAL, *Conflicts of Laws*, *supra*, nota 134, 32 (promueve la misma idea de la recomendación).

<sup>129</sup> *Ibid.*, *Conflicts of Laws*, 32 (responde a las dudas sobre la hipótesis en que los bienes materiales son usados en distintos países).

<sup>130</sup> GOODE, *ob. cit.*, *supra*, nota 77, 49 (debate sobre la mayor habilidad de los países menos modernos para implementar normas modelo en comparación con sistemas desarrollados).

<sup>131</sup> U.K. Law Commission, *Company security interests*, Law Com No. 296, 2005, 2 (critica al sistema de garantías por ser anacrónico con respecto a los tiempos modernos).

ejemplo de esta dificultad puede ser demostrado a través de un examen breve del derecho inglés. Inglaterra tiene una larga historia y tradición en operaciones garantizadas, pero actualmente, su sistema contrasta radicalmente con un régimen moderno<sup>132</sup>. El problema más evidente de Inglaterra es el rechazo a un sistema unitario y el mantenimiento de requisitos formales<sup>133</sup>. Mientras un sistema moderno adopta el modelo unitario y favorece la función sobre la forma, Inglaterra se mantiene atada al concepto de derecho real y, en consecuencia, tiene distintos instrumentos de garantía que sólo son reconocidos dentro de un sistema basado en las formalidades<sup>134</sup>. Dado que Inglaterra recientemente decidió no adelantar ninguna reforma, las diferencias de fondo aquí señaladas amenazan a largo plazo la armonización<sup>135</sup>.

La decisión inglesa de no adoptar ninguna reforma es comprensible en vista de que actualmente no tiene ninguna presión para hacerlo. Inglaterra es uno de los escenarios más importantes en el mundo de las finanzas y, como tal, ha podido justificar su rechazo a los esfuerzos de modernización con base en las cargas y costos<sup>136</sup>. En palabras sencillas, sería muy difícil y costoso actualizar a todas las partes afectadas y, viceversa, sería muy difícil y costoso para esas partes poner a punto las estructuras existentes<sup>137</sup>. Estas razones parecen ser suficientes, dado que Inglaterra es un importantísimo centro financiero y se encuentra en una región donde no se ha realizado ningún esfuerzo significativo de modernización<sup>138</sup>. Aún en el evento de que la posición de la región se inclinara hacia la modernización, la postura inglesa no cambiaría<sup>139</sup>. El caso inglés refleja las barreras actuales de la armonización -algunos de los mercados financieros más importantes del mundo no sienten mucha presión para asumir las cargas que implica modernizarse-<sup>140</sup>.

Adicionalmente, países con sistemas domésticos semi-modernos como Inglaterra, no deben convertirse en parte de convenciones sobre operaciones garantizadas, pues lo más seguro es que éstas sean altamente incompatibles con varias áreas fundamentales del derecho interno<sup>141</sup>. En consecuencia, los Estados semi-modernos no

<sup>132</sup> Al respecto, *Company Charges*, [www.companieshouse.gov.uk/about/gbhtml/gba8.shtml#one](http://www.companieshouse.gov.uk/about/gbhtml/gba8.shtml#one) (última visita, septiembre 7 de 2010).

<sup>133</sup> M. BRIDGE, *Personal property law*, Oxford University Press, 3ª ed., 2002, 169.

<sup>134</sup> R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, Sweet and Maxwell, 3ª ed., 2003, 10.

<sup>135</sup> U.K. Law Commission, ob. cit. supra, nota 131, 3. Esta fue la tercera vez que la *Law Commission* examinó el tema en los últimos años. En 2002, la *Law Commission* publicó un reporte (CP No. 164) y en 2004 un nuevo reporte más detallado (CP No. 176).

<sup>136</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 21 (expone críticas a la modernización que amenaza las estructuras existentes).

<sup>138</sup> GOODE, ob. cit., supra, nota 78, 48 (discute las diferencias entre los Estados de *common law* sobre garantías).

<sup>139</sup> U.K. Law Commission, ob. cit., supra, nota 135 (explica la falta de necesidad en este momento para adoptar un cambio de regulación).

<sup>140</sup> GOODE, ob. cit. supra, nota 77, 49 (afirma que, siendo realistas, "las diferencias entre el derecho de cada nación son muy grandes" para lograr una armonización).

<sup>141</sup> *Ibid.*, 48-49 (explica el problema de tener dos regulaciones de garantías reales).

deben tomar los riesgos asociados con un sistema dual, pues un sistema resultaría aplicado exclusivamente a las operaciones domésticas, y el otro a las operaciones con elementos internacionales. Las dificultades y confusiones creadas serían tan grandes que difícilmente podrían superarse. La alternativa sería crear una convención con un número considerable de exclusiones; sin embargo, la mayoría de exclusiones envolverían áreas esenciales y, entonces, frustrarían cualquier intento de armonización.

La falta de presión sobre los países con grandes mercados financieros podría superarse mediante la modernización de los sistemas domésticos de operaciones garantizadas. Infortunadamente, la reforma es el paso a seguir para lograr armonización. Uno podría argumentar que una simple convención podría empujar el asunto, pero hasta el momento, este tipo de intentos no han encontrado mucha acogida. Esto no es una sorpresa, en vista de que las diferencias son notables y el impacto en otras áreas del derecho indeseado. La Guía es un primer paso importante, porque busca consenso en los conceptos esenciales, de tal forma que, los sistemas domésticos pueden comenzar a adecuar su regulación vigente a un sistema moderno. No obstante, el proceso de armonización no será alcanzado mediante un simple paso, ni se logrará en el futuro próximo.

## VI. CONCLUSIÓN

La armonización de las operaciones garantizadas, lentamente, se está convirtiendo en realidad. Aunque muchos sistemas domésticos son reacios a la modernización, se ha trazado una ruta para facilitar la armonización. Actualmente, parece ser que la armonización a nivel doméstico debe ser el primer paso. Claramente, la Guía Legislativa de UNCITRAL está todavía lejos del cumplimiento de sus objetivos. Si bien sólo el tiempo dirá si la Guía es exitosa, cabe destacar que es el primer texto diseñado para cubrir la totalidad de las operaciones garantizadas y todos los asuntos relacionados con éstas. Sin embargo, muchas de las situaciones reguladas en el texto serán problemáticas por un tiempo y, por tanto, dilatarán el proceso de armonización. La inclusión de varias opciones en el texto puede ser útil para atenuar los riesgos a los que están expuestos los sistemas domésticos que adopten la Guía como base. Sin embargo, esto no parece ser suficiente, pues las críticas también surgen de la preferencia de la Guía por un sistema muy cercano al estadounidense. Ahora bien, criticar un texto legal basado exclusivamente en sus influencias es una visión sesgada. Es el momento de dejar a un lado los límites que obstruyen la armonización y reconocer el valor que ésta representaría en la disciplina de las operaciones garantizadas. A este resultado se debe llegar, aún si la armonización tiene que ser lograda mediante un proceso más lento del esperado y con algunas divergencias que no han sido del todo resueltas.